

Marcelo Zenni Travassos

Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Subsecretário de Estado Jurídico da Casa Civil do Rio de Janeiro. Mestre e Doutor em Direito Público pela UERJ.

A LEGITIMAÇÃO JURÍDICO-MORAL DA REGULAÇÃO ESTATAL À LUZ DE UMA PREMISSA LIBERAL-REPUBLICANA:



E AUTONOMIA PÚBLICA.

Estudo de caso sobre os argumentos paternalistas.

RENOVAR
Rio de Janeiro
2015

abdr 
Respeite o direito autoral!

Todos os direitos reservados à
 LIVRARIA E EDITORA RENOVAR LTDA.
 MATRIZ: Rua da Assembléia, 10/2.421 - Centro - RJ
 CEP: 20011-901 - Tel.: (21) 2531-2205 - Fax: (21) 2531-2135
 FILIAL RJ: Tels.: (21) 2589-1863 / 2580-8596 - Fax: (21) 2589-1962
www.editorarenovar.com.br **SAC: 0800-221863**
 © 2015 by Livraria Editora Renovar Ltda.

Conselho Editorial:

Arnaldo Lopes Sússekind — Presidente (*in memoriam*)
 Antonio Celso Alves Pereira
 Caio Tácito (*in memoriam*)
 Carlos Alberto Menezes Direito (*in memoriam*)
 Celso de Albuquerque Mello (*in memoriam*)
 Gustavo Binenbojm
 Gustavo Tepedino
 Lauro Gama
 Luís Roberto Barroso
 Luiz Edson Fachin
 Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.
 Manoel Vargas
 Nadia de Araujo
 Nelson Eizirik
 Ricardo Lobo Torres
 Ricardo Pereira Lira
 Sergio Campinho
 Capa: Sheila Neves

Editoração Eletrônica: TopTextos Edições Gráficas Ltda.

0557

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
 Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

T7791 Travassos, Marcelo Zenni
 A legitimação jurídico-moral da regulação estatal à luz de uma premissa liberal-republicana: autonomia privada, igualdade e autonomia pública. Estudo de caso sobre os argumentos paternalistas / Marcelo Zenni Travassos. — Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
 514p.; 23cm

ISBN 978-857147-898-5

1. Direito regulatório. 2. Direito econômico. 3. Regulação estatal. 4. Legitimação jurídico-moral. 5. Liberalismo-republicano. 6. Paternalismo. 7. Perfeccionismo. I. Título.

CDD 342

Proibida a reprodução (Lei 9.610/98)
 Impresso no Brasil
 Printed in Brazil

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. A REGULAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE ATUAÇÃO TÍPICO DO MODELO ESTATAL ATUAL ADOTADO PELA C.R.F.B./88. A LEGITIMAÇÃO DA REGULAÇÃO ESTATAL SOB UMA PERSPECTIVA ECONÔMICA.....	29
1.1. Definição e classificações principais do instituto da regulação. Evolução dos modelos estatais até a atual preponderância da regulação	29
1.2. A legitimação da regulação estatal sob uma perspectiva econômica desde as clássicas falhas de mercado até as propostas contemporâneas da economia comportamental. A maximização do bem-estar coletivo e da riqueza social como os resultados geralmente (embora nem sempre) pressupostos pelos economistas como desejáveis.....	53
1.2.1. <u>As falhas de mercado</u>	60
1.2.1.1. Os monopólios naturais ou mercados não competitivos	65
1.2.1.2. Os problemas de coordenação. O dilema do prisioneiro, os bens públicos e os casos em que deveria ter surgido espontaneamente um monopólio/oligopólio natural.....	74
1.2.1.3. As externalidades negativas	93
1.2.1.4. A assimetria de informações	97
1.2.2. <u>As propostas contemporâneas da economia comportamental de relativização do paradigma econômico da racionalidade</u>	100

1.2.3. <u>A ponderada posição de Amartya Sen acerca da <i>Rational Choice Theory</i> bem como acerca das propostas contemporâneas da economia comportamental</u>	121
1.3. As variáveis regulatórias sobre as quais pode recair a regulação	122
1.3.1. <u>Regulação de “preços”</u>	125
1.3.2. <u>Regulação de “entrada”</u>	133
1.3.3. <u>Regulação de “qualidade”</u>	135
1.3.4. <u>Regulação de “quantidade”</u>	140
1.3.5. <u>Regulação de “informação”</u>	142
1.3.6. <u>Regulação de “banimento”</u>	146
1.4. Infungibilidade e interferência mútua entre as variáveis regulatórias. As falhas da regulação estatal em um sentido econômico	150
 2. A LEGITIMAÇÃO JURÍDICO-MORAL DA REGULAÇÃO ESTATAL	 157
2.1. Do caráter interdisciplinar do instituto da regulação estatal à necessidade simultânea de sua “legitimação econômica” bem como de sua “legitimação jurídico-moral”. Da virada kantiana à adoção de uma premissa liberal-republicana	157
2.2. Questionando a “premissa-objetivo” adotada por grande parte da economia: a maximização do bem-estar coletivo e da riqueza social. Um pilar liberal-igualitário e um pilar republicano de legitimação jurídico-moral das regulações estatais: autonomia privada, condições igualitárias de liberdade e de dignidade e autonomia pública	187
2.3. A legitimação jurídico-moral da regulação estatal com base em um pilar liberal-igualitário. Os valores fundamentais da autonomia privada e das condições igualitárias de liberdade e de dignidade	193
2.3.1. <u>Uma releitura jurídico-moral do instituto econômico das “falhas de mercado”</u>	198
2.3.2. <u>Uma releitura jurídico-moral do instituto econômico das “ações irracionais em heurística” da economia comportamental</u>	212
2.4. A legitimação jurídico-moral da regulação estatal ainda com base em um pilar liberal-igualitário além dos casos de “falhas de mercado” bem como além dos casos em que apontada suposta “irracionalidade” pela economia comportamental	261

2.5. A legitimação jurídico-moral da regulação estatal com base em um pilar republicano. O valor fundamental da autonomia pública	266
2.6. A aplicação dos princípios de legitimação jurídico-moral como testes aos quais deve se submeter toda e qualquer regulação estatal. Um conceito jurídico-moral de “falhas da regulação”	276
2.6.1. <u>O princípio da proporcionalidade como teste de legitimação intrar-regulação estatal</u>	279
2.6.2. <u>O princípio da isonomia como teste de legitimação inter-regulações estatais</u>	302
 3. ESTUDO DE CASO. OS ARGUMENTOS DE NATUREZA PATERNALISTA DIANTE DA AFERIÇÃO DE LEGITIMAÇÃO JURÍDICO-MORAL DAS REGULAÇÕES ESTATAIS.....	321
3.1. Definição de “paternalismo jurídico”. O binômio constitutivo das medidas paternalistas: o poder e o zelo. As diversas definições, espécies e classificações de paternalismo jurídico na doutrina.....	324
3.1.1. <u>Ativo ou passivo</u>	344
3.1.2. <u>Direto ou indireto</u>	345
3.1.3. <u>Destinado a evitar dano ou a promover benefício</u>	346
3.1.4. <u>Hard ou soft</u>	348
3.1.5. <u>Puro ou impuro. A espécie do “paternalismo impuro” como não compreendida na definição de paternalismo adotada pelo presente estudo</u>	352
3.2. A antítese que envolve os argumentos paternalistas: da ampla popularidade à revolta em decorrência do mesmo fator. O paternalismo como instituto jurídico passível de leituras filosóficas distintas.....	357
3.3. O caráter pejorativo classicamente associado ao paternalismo desde John Stuart Mill. Acusações de violação à autonomia, à igualdade e à utilidade. A distinção entre “paternalismo jurídico” e “perfeccionismo moral”. A verdade das críticas: o paternalismo jurídico não justificado juridico-moralmente. A leitura “perfeccionista moral” do “paternalismo jurídico” como a mais evidente.....	364
3.4. A defesa do paternalismo	419
3.4.1. <u>O “paternalismo libertário” de Cass Sunstein e de Richard Thaler. Paternalismo “soft” nos dois sentidos: (i) “nudges” ou pequenos “empur-</u>	

<u>ções” (ii) com o intuito de proteção da autonomia mediata dos agentes regulados</u>	420
3.4.2. <u>A versão forte do “paternalismo coercivo” de Sarah Conly em decorrência das premissas da economia comportamental</u>	438
3.4.3. <u>O “paternalismo <i>soft</i>” de Joel Feinberg em conformidade com as premissas liberais</u>	442
3.4.4. <u>A proposta de Ernesto Garzón Valdés com base na autonomia e na igualdade. O conceito de incompetência</u>	447
3.5. A legitimação jurídico-moral dos argumentos paternalistas com base em um pilar liberal-igualitário. Como distinguir uma regulação estatal paternalista heterônoma-perfeccionista de uma regulação estatal paternalista mediatamente autônoma? As falhas de mercado da “assimetria de informações” e dos “problemas de coordenação” bem como os casos de heurística da economia comportamental como instrumental útil na distinção	452
CONCLUSÃO	483
REFERÊNCIAS	501